

EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DESDE LA PERSPECTIVA EUROPEA.

Sobre su inconstitucionalidad declarada por el Tribunal Constitucional portugués

Isidoro BLANCO CORDERO*

Resumen

El delito de enriquecimiento ilícito previsto en algunos instrumentos internacionales no ha gozado de favorable acogida en el ámbito europeo, si bien en otras regiones del mundo se prevé y aplica con toda normalidad. Este delito ha sido criticado por razón de su eventual violación de algunos derechos fundamentales, tales como la presunción de inocencia. Es esta la razón que alegan algunos países, europeos y no europeos, para no incluirlo en su ordenamiento jurídico. Precisamente este ha sido el argumento más importante utilizado por el Tribunal Constitucional portugués para declarar inconstitucional este delito que se pretendía introducir en el país luso. El presente trabajo aborda las críticas a este delito en Europa que fundamentan una frontal oposición, de momento, a que se incorpore en los ordenamientos jurídicos del viejo continente.

1. Introducción

El delito de enriquecimiento ilícito goza de amplio reconocimiento en algunas regiones del mundo (como Latinoamérica, África o Asia). Sin embargo, en Europa no ha sido objeto de favorable acogida. La mayoría de los Estados europeos carecen de tal delito¹ y en alguno de ellos, como Portugal², la intención de incluirlo en su Código penal ha quedado frustrada por la declaración de inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional (TC) de dicho país. En efecto, el Parlamento luso aprobó el Decreto n.º 37/XII que incluía el delito de enriquecimiento ilícito en el código penal, tanto de particulares (artigo 335.º-A), como una modalidad agravada cuando fuera cometido por funcionario (artigo 386.º), así como la Ley n.º 34/87, de 16 de julio (artículo 27º-A), que aprobó el régimen de los delitos de responsabilidad de los titulares de cargos políticos³.

* Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Alicante. Secretario General Adjunto de la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP).

¹ Lo cual ha motivado que no exista prácticamente doctrina al respecto, salvo el trabajo de hace algunos años de WILSHER, Dan "Inexplicable wealth and illicit enrichment of public officials: A model draft that respects human rights in corruption cases", en *Crime, Law & Social Change*, 2006, 45, pgs 27–53.

² Donde sí que se han elaborado algunos trabajos doctrinales como el de SILVA, Germano Marques da, "Sobre a Incriminação do Enriquecimento Ilícito (Não Justificação ou Não Declarado – Breves Considerações nas Perspectivas Dogmáticas e de Política Criminal", en *Homenagem de Viseu a Jorge de Figueiredo Dias, Coordenação de Paulo Pinto de Albuquerque*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pgs. 47-64; PEREIRA, João Pedro Gomes, *O crime de enriquecimento ilícito - Os problemas de formulação*, Dissertação de Mestrado Forense na Vertente de Direito Civil e Direito Penal, Universidade Católica Portuguesa. Faculdade de Direito. Escola de Lisboa, 31 de Outubro de 2011.

³ Este es el texto de las normas impugnadas "Artigo 335.º-A: Enriquecimento ilícito. " 1 - Quem por si ou por interposta pessoa, singular ou coletiva, adquirir, possuir ou detiver património, sem origem lícita determinada, incompatível com os seus rendimentos e bens legítimos é punido com pena de prisão até três anos, se pena mais grave não lhe couber por força de outra disposição legal.

2 - Para efeitos do disposto no número anterior, entende-se por património todo o ativo patrimonial existente no país ou no estrangeiro, incluindo o património imobiliário, de quotas, ações ou partes sociais do capital de sociedades

Pues bien, en el uso de sus atribuciones, el Presidente de la República presentó un recurso de inconstitucionalidad contra estas normas alegando que violaban el derecho a la presunción de inocencia, argumento que finalmente ha acogido el TC (*Acórdão* N.º 179/2012).

Es menester señalar que el *enriquecimiento ilícito* es un delito que tiene su campo de aplicación en el marco de la corrupción. La estrategia de lucha contra la misma reclama con insistencia la

civis ou comerciais, de direitos sobre barcos, aeronaves ou veículos automóveis, carteiras de títulos, contas bancárias, aplicações financeiras equivalentes e direitos de crédito, bem como as despesas realizadas com a aquisição de bens ou serviços ou relativas a liberalidades efetuadas no país ou no estrangeiro.

3 - Para efeitos do disposto no n.º 1, entendem-se por rendimentos e bens legítimos todos os rendimentos brutos constantes das declarações apresentadas para efeitos fiscais, ou que delas devessem constar, bem como outros rendimentos e bens com origem lícita determinada.

4 - Se o valor da incompatibilidade referida no n.º 1 não exceder 100 salários mínimos mensais a conduta não é punível.

5 - Se o valor da incompatibilidade referida no n.º 1 exceder 350 salários mínimos mensais o agente é punido com pena de prisão de um a cinco anos.”

(...)

“Artigo 386. Enriquecimento ilícito por funcionário. 1 - O funcionário que, durante o período do exercício de funções públicas ou nos três anos seguintes à cessação dessas funções, por si ou por interposta pessoa, singular ou coletiva, adquirir, possuir ou detiver património, sem origem lícita determinada, incompatível com os seus rendimentos e bens legítimos é punido com pena de prisão de um a cinco anos, se pena mais grave não lhe couber por força de outra disposição legal.

2 - Para efeitos do disposto no número anterior, entende-se por património todo o ativo patrimonial existente no país ou no estrangeiro, incluindo o património imobiliário, de quotas, ações ou partes sociais do capital de sociedades civis ou comerciais, de direitos sobre barcos, aeronaves ou veículos automóveis, carteiras de títulos, contas bancárias, aplicações financeiras equivalentes e direitos de crédito, bem como as despesas realizadas com a aquisição de bens ou serviços ou relativas a liberalidades efetuadas no país ou no estrangeiro.

3 - Para efeitos do disposto no n.º 1, entendem-se por rendimentos e bens legítimos todos os rendimentos brutos constantes das declarações apresentadas para efeitos fiscais, ou que delas devessem constar, bem como outros rendimentos e bens com origem lícita determinada, designadamente os constantes em declaração de património e rendimentos.

4 - Se o valor da incompatibilidade referida no n.º 1 não exceder 100 salários mínimos mensais a conduta não é punível.

5 - Se o valor da incompatibilidade referida no n.º 1 exceder 350 salários mínimos mensais o agente é punido com pena de prisão de um a oito anos.”

(...)

Alteração à Lei n.º 34/87, de 16 de julho “Artigo 27.º-A. Enriquecimento ilícito. 1 - O titular de cargo político ou de alto cargo público que durante o período do exercício de funções públicas ou nos três anos seguintes à cessação dessas funções, por si ou por interposta pessoa, singular ou coletiva, adquirir, possuir ou detiver património, sem origem lícita determinada, incompatível com os seus rendimentos e bens legítimos é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos, se pena mais grave não lhe couber por força de outra disposição legal.

2 - Para efeitos do disposto no número anterior, entende-se por património todo o ativo patrimonial existente no país ou no estrangeiro, incluindo o património imobiliário, de quotas, ações ou partes sociais do capital de sociedades civis ou comerciais, de direitos sobre barcos, aeronaves ou veículos automóveis, carteiras de títulos, contas bancárias, aplicações financeiras equivalentes e direitos de crédito, bem como as despesas realizadas com a aquisição de bens ou serviços ou relativas a liberalidades efetuadas no país ou no estrangeiro.

3 - Para efeitos do disposto no n.º 1, entendem-se por rendimentos e bens legítimos todos os rendimentos brutos constantes das declarações apresentadas para efeitos fiscais, ou que delas devessem constar, bem como outros rendimentos e bens com origem lícita determinada, designadamente os constantes em declaração de património e rendimentos.

4 - Se o valor da incompatibilidade referida no n.º 1 não exceder 100 salários mínimos mensais a conduta não é punível.

5 - Se o valor da incompatibilidade referida no n.º 1 exceder 350 salários mínimos mensais o agente é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos.”

(...)

necesidad de privar a los corruptos de sus bienes ilícitamente obtenidos⁴. Esta estrategia se basa en el recurso a mecanismos de naturaleza penal⁵ y se asienta esencialmente en tres pilares⁶.

a) El primer pilar es quizás el más conocido, la *sanción del blanqueo de capitales* como delito, que permite castigar penalmente a quienes legitiman los bienes de origen criminal. Se trata de un instrumento fundamental para hacer frente a la delincuencia que genera grandes beneficios económicos.

b) El segundo pilar es el *comiso* de los bienes de origen delictivo, para arrebatar las ganancias ilícitas a los corruptos procediendo a asignárselas al Estado. Esta herramienta se ha desarrollado de forma vertiginosa en los últimos años, mediante diversas modalidades de comiso que amplían enormemente su ámbito de aplicación. Baste mencionar aquí el denominado comiso ampliado y el comiso civil, también conocido como “extinción de dominio” en Latinoamérica.

c) El tercer pilar consiste en recurrir al delito fiscal como mecanismo de lucha contra la corrupción: se trata de la denominada *estrategia Al Capone*. No declarar las ganancias de origen delictivo a la Hacienda Pública supone, a su vez, un segundo delito, el de defraudación fiscal.

Pues bien, podemos decir que en el marco de los delitos de corrupción existe un *cuarto pilar* en esta estrategia dirigida a asfixiar económicamente a los corruptos: la sanción penal del *enriquecimiento ilícito* de los empleados públicos. Que los Estados europeos no se muestren partidarios de este delito -ni tampoco los Estados Unidos de Norteamérica ni Canadá- es una prueba del debate que genera. Por ejemplo, *España* no castiga este delito porque entiende que es incompatible con la presunción de inocencia contenida en el artículo 24 de la Constitución española y su interpretación por parte del Tribunal Constitucional español⁷. *Portugal* se decidió a incluirlo en el Código penal, pero finalmente, como hemos explicado ya, fue declarado inconstitucional antes de su entrada en vigor. Los informes que se elaboran en el marco de la

⁴ Recientemente, en la Comunicación de la Comisión UE al Parlamento Europeo y al Consejo titulada “*Productos de la delincuencia organizada. Garantizar que «el delito no resulte provechoso»*” de 2008, se advierte que “para atajar las actividades de la delincuencia organizada es esencial privar a sus autores de los productos generados por esas actividades”.

⁵ Cfr. ampliamente nuestros trabajos BLANCO CORDERO, Isidoro, “La aplicación del comiso en caso de adjudicación de contratos de obra pública obtenidos mediante soborno de funcionarios públicos”, en *Estudios penales y criminológicos*, Nº. 27, 2007, pgs. 39-75; BLANCO CORDERO, Isidoro, “Comiso ampliado y presunción de inocencia”, en *Criminalidad Organizada, Terrorismo e Inmigración*, Puente Aba, Luz María (Directora); Rodríguez Moro, Luis; Zapico Barbeito, Mónica (coordinadores), (Editorial Comares), Granada, 2008, pgs. 69-106; BLANCO CORDERO, Isidoro, “La aplicación del comiso y la necesidad de crear organismos de recuperación de activos”, en *Revue électronique de l'Association Internationale de Droit Pénal / electronic Review of the International Association of Penal Law/ Revista electrónica de la Asociación Internacional de Derecho Penal (ReAIDP / e-RIAPL)*, 2007, A-01; BLANCO CORDERO, Isidoro, “Capítulo 6. La reforma del comiso en el código penal español: especial referencia al comiso ampliado y a los organismos de recuperación de activos”, en *Límites entre el derecho sancionador y el derecho privado. Daños punitivos, comiso y responsabilidad patrimonial derivada de infracciones administrativas*, Manuel Gómez Tomillo, Lex Nova, 2012; BLANCO CORDERO, Isidoro, “Las ganancias del delito y su decomiso. El debate en torno al principio de ganancias brutas o netas”, en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, nº 22, 2010, pgs. 89-138; BLANCO CORDERO, Isidoro, “El comiso de ganancias: ¿brutas o netas?”, *Diario La Ley*, Nº 7569, 2011.

⁶ Cfr. KILCHLING, Michael, “Tracing, Seizing and Confiscating Proceeds from Corruption (and other Illegal Conduct) Within or Outside the Criminal Justice System”, en *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Volume 9, Number 4, 2001, pgs. 264-280, pgs. 264 ss.

⁷ Tal y como se desprende del texto de la Conferencia de los Estados Parte en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Grupo de examen de la aplicación. Continuación del segundo período de sesiones. Viena, 7 a 9 de septiembre de 2011 Tema 2 del programa provisional, *Examen de la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción*, CAC/COSP/IRG/II/1/1, 7 de junio de 2011, pg. 11. De acuerdo con las autoridades españolas, la determinación de la responsabilidad penal requiere acreditar que el incremento del patrimonio del funcionario público tiene como origen cualquiera de las conductas tipificadas en el Código Penal.

Conferencia de los Estados Parte en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción evidencian que los Estados de Europa (Europa occidental) se muestran reacios a la sanción penal del enriquecimiento ilícito por considerar que puede ser contraria a sus respectivas constituciones, esencialmente en lo relativo a la presunción de inocencia y a la inversión de la carga de la prueba que puede suponer dicha infracción penal⁸.

El presente texto, de alcance limitado por razón de su orientación claramente europea, pretende ofrecer la visión de esta figura delictiva que parece existir en el viejo continente. Nos vamos a centrar exclusivamente en el examen del delito de enriquecimiento ilícito de empleados públicos, y no en el de particulares que existe en algunas legislaciones penales latinoamericanas. Para explicar la perspectiva europea vamos a tomar como punto de referencia la mencionada Sentencia del Tribunal Constitucional de Portugal que, como hemos dicho, declaró en 2012 su inconstitucionalidad.

2. El delito de enriquecimiento ilícito en las normas internacionales

2.1 A nivel global: la *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*

El *enriquecimiento ilícito* es un delito que tiene su campo de aplicación especialmente en el marco de la corrupción⁹. De hecho, esta figura delictiva se prevé normalmente para sancionar a los empleados públicos que no puedan justificar sus incrementos patrimoniales. Una referencia expresa a esta figura delictiva se encuentra en la *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción* (UNCAC), cuyo art. 20 alude al delito de enriquecimiento ilícito, y dispone expresamente que:

“con sujeción a su constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionalmente, el enriquecimiento ilícito, es decir, el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él”.

Como se puede observar, *no es un precepto obligatorio* para los Estados parte, que deben examinar si la previsión de este delito respeta su Constitución y los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico. Los Estados parte que no han incluido este delito en su ordenamiento jurídico alegan *limitaciones constitucionales*, referidas en particular al principio de la presunción de inocencia, y *vulneración de los principios fundamentales del ordenamiento jurídico*, entre los que se suele aludir normalmente a los relativos a la carga de la prueba, problemas relacionados con los sistemas de divulgación de activos e ingresos y la aplicación (y posible superposición) de leyes vigentes, como la legislación fiscal y contra el blanqueo de dinero, a casos de enriquecimiento ilícito¹⁰. En definitiva, la no incriminación a nivel nacional del enriquecimiento ilícito no implica necesariamente la violación de una obligación internacional, pues un Estado puede invocar que dicho delito vulnera su Constitución o los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico.

⁸ Conferencia de los Estados Parte en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Grupo de examen de la aplicación. Cuarto período de sesiones. Viena, 27 a 31 de mayo de 2013. Tema 2 del programa provisional. Examen de la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. *Aplicación a escala regional del capítulo III (Penalización y aplicación de la ley) de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*. Informe preparado por la Secretaría, CAC/COSP/IRG/2013/10, 12 de marzo de 2013, n° 18.

⁹ Con todo, es cierto que en algunos países se castiga también el enriquecimiento ilícito de particulares (por ejemplo, en Colombia).

¹⁰ Conferencia de los Estados Parte en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Grupo de examen de la aplicación Cuarto período de sesiones. Viena, 27 a 31 de mayo de 2013. Tema 2 del programa provisional Examen de la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. *Aplicación de los capítulos III (Penalización y aplicación de la ley) y IV (Cooperación internacional) de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (examen de los artículos 15 a 29)*. Informe temático preparado por la Secretaría, CAC/COSP/IRG/2013/6, 22 de marzo de 2013, n° 15.

De hecho, algunos Estados han presentado *reservas* al art. 20. Por ejemplo, *Canadá* señala que el delito de enriquecimiento ilícito previsto en el mencionado artículo es incompatible con la constitución de Canadá, con la Carta canadiense de derechos y libertades fundamentales y con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, por lo que no va a establecer el delito de enriquecimiento ilícito. Asimismo, la República Socialista de *Vietnam* ha realizado una declaración en la que, de acuerdo con los principios del Derecho vietnamita, no considera obligatoria la disposición relativa a la criminalización del enriquecimiento ilícito del art. 20 UNCAC.

2.2 A nivel regional

A nivel regional la *Convención interamericana contra la corrupción* también contiene la figura del enriquecimiento ilícito de empleados públicos en el artículo IX, que tampoco es de previsión obligatoria para los Estados parte. Se define de la siguiente manera:

“Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, los Estados Partes que aún no lo hayan hecho adoptarán las medidas necesarias para tipificar en su legislación como delito, el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él. Entre aquellos Estados Partes que hayan tipificado el delito de enriquecimiento ilícito, éste será considerado un acto de corrupción para los propósitos de la presente Convención. Aquel Estado Parte que no haya tipificado el enriquecimiento ilícito brindará la asistencia y cooperación previstas en esta Convención, en relación con este delito, en la medida en que sus leyes lo permitan”.

Las negociaciones de la Convención evidencian que son los obstáculos probatorios que surgen para acreditar los delitos de corrupción los que parecen fundamentar esta figura delictiva. En efecto, en las mismas se dejó claro que esta figura “es particularmente útil para los pueblos de América Latina, cuyos Estados carecen, frecuentemente, de recursos de alta tecnología eficaces para la detección del delito en el preciso momento en que éste se produce”, agregando “que a esta impotencia se une la burla que significa la ostentación material de sus funcionarios, sin que los pueblos tengan modo de adivinar en qué precisa oportunidad, de las miles con las que los agentes públicos cuentan, fue cometido el delito o quizá, los innumerables delitos que dieron lugar al enriquecimiento”¹¹. Sin embargo, algunos países como Canadá¹² o Estados Unidos de América¹³ han realizado reservas expresas a la Convención alegando que la sanción penal del enriquecimiento ilícito podría vulnerar sus respectivas Constituciones al implicar una inversión de la carga de la prueba.

¹¹ Informa de ello HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, “El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios en el Derecho penal chileno”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXVII (Valparaíso, Chile, 2º semestre de 2006), pgs. 183 – 222, pgs. 194-195.

¹² “Declaración interpretativa del artículo IX - Enriquecimiento ilícito. El artículo IX dispone que es obligación de un Estado Parte tipificar el delito de enriquecimiento ilícito “con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico”. Como el delito contemplado en el artículo IX obraría en contra de la presunción de inocencia garantizada por la Constitución del Canadá, el Canadá no aplicará el artículo IX tal como dispone este artículo.”

¹³ “Enriquecimiento ilícito. – Los Estados Unidos de América pretenden brindar asistencia y cooperación a los otros Estados Partes, de conformidad con el párrafo 3 del artículo IX de la Convención, hasta donde le permita su legislación interna. Los Estados Unidos reconocen la importancia de combatir el enriquecimiento indebido de los funcionarios públicos, y cuenta con leyes penales para impedir o castigar tal conducta. Estas leyes obligan a los funcionarios superiores del gobierno federal a presentar declaraciones financieras verdaderas, obligación que de no cumplirse está sujeta a sanciones penales.

También permite el enjuiciamiento de los funcionarios públicos del gobierno federal que han evadido impuestos sobre riqueza obtenida ilícitamente. Sin embargo, el delito de enriquecimiento ilícito, tal y como establece el artículo IX de la Convención, impone la carga de la prueba sobre el demandado, lo cual es incompatible con la Constitución de los Estados Unidos y los principios fundamentales del sistema jurídico de este país. Los Estados Unidos entienden, por lo tanto, que no están obligados a establecer un nuevo delito penal de enriquecimiento ilícito de conformidad con el artículo IX de la Convención”.

Asimismo la *Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la corrupción* define el enriquecimiento ilícito como el incremento de los bienes de un empleado público o de cualquier otra persona que no pueda explicar razonablemente en relación con sus ingresos (art. 1). El art. 8 de la Convención recomienda a los Estados castigar este delito, pero siempre que sus disposiciones nacionales lo permitan. Algunos países africanos como *Benín* castigan expresamente esta figura delictiva. Con todo, los informes de la Conferencia de los Estados Parte en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción destacan que *la mayoría de los países* del grupo de Estados de África se enfrenta a obstáculos constitucionales o de índole práctica que impiden la tipificación del enriquecimiento ilícito como delito. En algunos países se alega la garantía constitucional de la presunción de inocencia. Otros Estados aluden a los problemas prácticos para presentar denuncias debido a las dificultades para realizar perfiles financieros, analizar valores netos y localizar e incautar activos¹⁴.

En Europa existe el *Convenio penal sobre la corrupción* (Convenio número 173 del Consejo de Europa), hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999. Sin embargo, no prevé expresamente la figura del enriquecimiento ilícito.

2.3 Unión Europea

En la Unión Europea no existe ninguna norma obligatoria que exija a los Estados la incriminación del delito de enriquecimiento ilícito. Con todo, la Comisión UE ha propuesto en algún informe la creación de un nuevo delito, al que denomina *posesión de bienes "injustificados"*¹⁵. Propone así penalizar a quien disponga de bienes cuyo valor resulte desproporcionado en relación con los ingresos declarados siempre y cuando el sujeto tenga contactos habituales con personas conocidas por sus actividades delictivas. Se trata de una figura delictiva en la que, a diferencia de lo que ocurre en otros países, no se invierte totalmente la carga de la prueba¹⁶, y que es muy próxima (aunque no coincidente) al enriquecimiento ilícito.

Algunos países de la UE ya contienen en sus respectivas legislaciones esta figura delictiva. Así, en *Francia* existe el delito de no justificación de recursos, que fue introducido mediante la Ley de marzo 9 de 2004, denominada *Perben II*, y modificado por la Ley N° 2006-64 de enero 23 de 2006. El artículo 321-6 CP francés (ubicado sistemáticamente en el contexto de los delitos asimilados a la receptación) castiga el hecho de no poder justificar recursos que se correspondan con el nivel de vida o no poder justificar el origen de un bien que se posee, a la vez que se mantienen relaciones habituales con una o más personas que se dedican a la comisión de crímenes o delitos sancionados con pena de prisión de al menos cinco años y proporcionándoles un beneficio directo o indirecto. Las penas previstas son las de prisión de tres años y multa de 75.000 Euros.

3. Derecho comparado

En América Latina varios países sancionan penalmente en delito de enriquecimiento ilícito en aplicación esencialmente de la *Convención interamericana contra la corrupción*. Entre ellos

¹⁴ Conferencia de los Estados Parte en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Grupo de examen de la aplicación. Cuarto período de sesiones. Viena, 27 a 31 de mayo de 2013. Tema 2 del programa provisional. Examen de la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. *Aplicación a escala regional del capítulo III (Penalización y aplicación de la ley) de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*. Informe preparado por la Secretaría, CAC/COSP/IRG/2013/10, 12 de marzo de 2013, n° 15.

¹⁵ Así se denomina en el documento "Productos de la delincuencia organizada Garantizar que «el delito no resulte provechoso»", *cit.*

¹⁶ "Productos de la delincuencia organizada Garantizar que «el delito no resulte provechoso»", *cit.*

Argentina¹⁷, Brasil¹⁸, Colombia¹⁹, Chile²⁰, Ecuador²¹, El Salvador²², Paraguay²³, Perú²⁴ y Venezuela²⁵.

¹⁷ El art. 268 (2) del CP de Argentina castiga al “que al ser debidamente requerido, no justifique la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos años después de haber cesado en su desempeño. Se entenderá que hubo enriquecimiento no sólo cuando el patrimonio se hubiese incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban. La persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será reprimida con la misma pena que el autor del hecho.” Entre las obras de la doctrina argentina sobre el delito de enriquecimiento ilícito pueden verse INCHAUSTI, Miguel, *Enriquecimiento ilícito de funcionarios*, Buenos aires, ad hoc, 2001; SANCINETTI, Marcelo, *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público (artículo 268, 2, CPP)*, Buenos aires, ad hoc, 1994; BRUZZONE, Gustavo A / GULLCO, Hernán Víctor (coordinadores), *Teoría y práctica del delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público. Art. 268 (2) C. P.* (Buenos aires, ad hoc, 2005).

¹⁸ Lei Nº 8.429, de 2 de Junho de 1992. *Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências.*

¹⁹ El Código penal de Colombia castiga tanto el enriquecimiento ilícito de particulares como el de empleados públicos: el artículo 327 define el *Enriquecimiento ilícito de particulares* de la siguiente forma: “El que de manera directa o por interpuesta persona obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial no justificado, derivado en una u otra forma de actividades delictivas incurrirá, por esa sola conducta, en prisión de seis (6) a diez (10) años y multa correspondiente al doble del valor del incremento ilícito logrado, sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”. El artículo 412 define el *enriquecimiento ilícito de funcionarios de la siguiente manera* “El servidor público que durante su vinculación con la administración, o quien haya desempeñado funciones públicas y en los dos años siguientes a su desvinculación, obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial injustificado, siempre que la conducta no constituya otro delito, incurrirá en prisión de seis (6) a diez (10) años, multa equivalente al doble del valor del enriquecimiento sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de seis (6) a diez (10) años.”

²⁰ Artículo 241-bis Código Penal.

²¹ En Ecuador, el art. 296 CP castiga como sigue el enriquecimiento ilícito

“Art. (296.1).- Constituye enriquecimiento ilícito el incremento injustificado del patrimonio de una persona, producido con ocasión o como consecuencia del desempeño de un cargo o función pública, generado por actos no permitidos por las leyes, y que, en consecuencia, no sea el resultado de ingresos legalmente percibidos.

Art. (296.2).- El enriquecimiento ilícito se sancionará con la pena de uno a cinco años de prisión y la restitución del duplo del monto del enriquecimiento ilícito, siempre que no constituya otro delito.

Art. (296.3).- Son aplicables los dos artículos innumerados anteriores a quienes como funcionarios o empleados, manejen fondos de los Bancos Central, del Sistema de Crédito de Fomento y Comerciales y del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.”

²² Art. 333 CP: “El funcionario, autoridad pública o empleado público, que con ocasión del cargo o de sus funciones obtuviere incremento patrimonial no justificado, será sancionado con prisión de tres a diez años. En la misma pena de prisión incurrirá la persona interpuesta para simular el incremento patrimonial no justificado. En todo caso, se impondrá inhabilitación especial para el ejercicio del cargo o empleo por el mismo tiempo”.

²³ Ley 2523 Que previene, tipifica y sanciona el enriquecimiento ilícito en la Función Pública y el tráfico de influencias, del año 2004.

²⁴ El art. 401 del CP del Perú castiga el enriquecimiento ilícito como sigue: “El funcionario o servidor público que, por razón de su cargo, se enriquece ilícitamente, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años.

“Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito, cuando el aumento del patrimonio y/o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos, o de los incrementos de su capital, o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita.” Sobre el delito de enriquecimiento ilícito en Perú, cfr., entre otros, SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio / CARO CORIA, Dino Carlos / REAÑO PESCHIERA, José Leandro, *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación ilícita para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales*, Jurista, Lima, 2002; ABANTO VASQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la administración pública en el CP peruano*, Palestra, Lima, 2001; GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino, *Delito de enriquecimiento ilícito*, Idemsa, Lima, 2001; FRANCIA ARIAS, Luis / PEÑA CABRERA, Raúl, *Delito de enriquecimiento ilícito*, Ediciones jurídicas, Lima, 1993.

En *Asia y el Pacífico* la mayoría de los Estados parte en la UNCAC declaran que no existen obstáculos constitucionales ni jurídicos que impidan la tipificación del enriquecimiento ilícito como delito²⁶. De hecho, existe este delito en países como Malasia, China (artículo 395 del Código Penal), la Región Administrativa Especial de Macao (Ley n.º 11/2003, de 28 de junio, que castiga el delito de “Riqueza injustificada” en el artículo 28)²⁷ o Hong-Kong (Capítulo 201, Sección 10 de la *Prevention of Bribery Ordinance*).

En *Europa*, como venimos diciendo, son muy escasos los países que regulan este delito. Quizás una excepción que merece ser mencionada es el delito de no justificación de bienes, previsto en el artículo 321-6 del Código Penal francés, antes mencionado. Ahora bien, el modelo previsto en la legislación francesa tiene unas peculiaridades que hacen que no se puede decir que suponga una inversión total de la carga de la prueba. El delito del art. 321-6 CP francés requiere una serie de elementos que deben ser probados por la acusación. Y tales elementos son los utilizados, por ejemplo, por la jurisprudencia española para condenar por delito de blanqueo de capitales, y por otros países que recurren a la prueba indiciaria, la cual ha sido admitida por el TEDH. El CP francés exige que el sujeto: a) disponga de bienes que no se correspondan con su nivel de vida, b) que no pueda justificar el origen de los mismos y c) que mantenga relaciones habituales con una o más personas que se dedican a la comisión de delitos. Pues bien, estos tres elementos son los indicios que utiliza el Tribunal Supremo español para probar el delito de blanqueo de capitales²⁸. No se invierte la carga de la prueba, porque la acusación ha acreditado elementos que permiten concluir, en atención a las circunstancias del caso concreto, que los bienes de que dispone el sujeto son de origen delictivo, quedando excluidos otros posibles orígenes.

Como *conclusión*, podemos decir que, a diferencia de lo que ocurre en otras regiones del mundo, la gran mayoría de los Estados europeos (de Europa occidental) no acepta la sanción penal del enriquecimiento ilícito, ya sea porque lo consideran innecesario en el contexto de otros instrumentos de lucha contra la corrupción, ya sea porque tienen dificultades en relación con el principio de presunción de inocencia.

4. Delito de enriquecimiento ilícito y vulneración de los Derechos humanos: la Sentencia del Tribunal Constitucional portugués (Acórdão N.º 179/2012)

Como hemos explicado ya, el Presidente de la República portuguesa presentó un recurso de inconstitucionalidad contra las normas que incorporaban al Código penal luso el delito de enriquecimiento ilícito tanto de particulares como de empleados públicos. El presidente alegaba que estos preceptos penales violaban el derecho a la presunción de inocencia. Este argumento ha sido acogido por la mayoría del TC (existen votos particulares contrarios), que concluye que

²⁵ Ley Contra la Corrupción. Gaceta Oficial N.º 5.637 Extraordinario de fecha 07 de abril de 2003.

²⁶ Conferencia de los Estados Parte en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Grupo de examen de la aplicación. Cuarto período de sesiones. Viena, 27 a 31 de mayo de 2013. Tema 2 del programa provisional. Examen de la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. *Aplicación a escala regional del capítulo III (Penalización y aplicación de la ley) de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*. Informe preparado por la Secretaría, CAC/COSP/IRG/2013/10, 12 de marzo de 2013, n.º 16.

²⁷ El n.º 1 de este precepto dispone: “Os obrigados à declaração nos termos do artigo 1.º que, por si ou por interposta pessoa, estejam na posse de património ou rendimentos anormalmente superiores aos indicados nas declarações anteriores prestadas e não justifiquem, concretamente, como e quando vieram à sua posse ou não demonstrem satisfatoriamente a sua origem lícita, são punidos com pena de prisão até três anos e multa até 360 dias”.

²⁸ La conocida STS de 23 de mayo de 1997 sistematiza estos indicios en materia de blanqueo de capitales. Posteriormente existe una amplia jurisprudencia que desarrolla y aplica estos criterios. Los indicios son: 1. Incremento inusual del patrimonio o manejo de cantidades de dinero que por elevada cuantía, dinámica de transmisiones y tratarse de efectivo pongan de manifiesto operaciones extrañas a las prácticas comerciales ordinarias; 2. Ausencia de explicación lógica para tales movimientos; 3. Conexión con alguna actividad delictiva o con personas o grupos relacionadas con actividades delictivas.

se trata de un delito inconstitucional por dos motivos fundamentales: a) inexistencia de un bien jurídico protegido por el delito claramente identificado; b) vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

4.1 Inexistencia de un bien jurídico protegido claramente identificado

De acuerdo con el TC portugués, si se entiende que la misión del Derecho penal es la *protección (subsidiaria y fragmentaria) de bienes jurídicos*, es inconstitucional toda norma penal en la que no sea claramente identificable un bien jurídico protegido. Por ello es tarea fundamental indagar si existe o no un bien jurídico tutelado por el delito de enriquecimiento ilícito.

En Portugal *inicialmente se proyectó una norma* que castigaba sólo al "funcionario" y personas equiparadas (delito especial propio) y consideraba el delito como de "peligro abstracto". Se partía así de la idea de que el delito estaba relacionado con la corrupción. Se entendía que la disparidad manifiesta entre los ingresos de un funcionario y su patrimonio o forma de vida, resultante de medios de adquisición no lícitos, constituía un foco de peligrosidad social grave. Nada socava más los cimientos del Estado de Derecho y el libre desarrollo económico -decía la Exposición de motivos de la norma- que el enriquecimiento ostensivo e injustificado de los titulares de cargos políticos sobre los que pesan obligaciones especiales de transparencia y responsabilidad social. Este juicio es mucho más evidente en el contexto adverso de desarrollo económico y social, sobre todo teniendo en cuenta que la corrupción constituye un factor perjudicial para la promoción del desarrollo económico y social. Debe, por lo tanto, la política legislativa criminal responder a este juicio de peligrosidad con un tipo de delito de peligro abstracto, preservando al mismo tiempo los principios configuradores del Estado democrático de derecho, junto con la garantía de la operatividad del instrumento jurídico²⁹.

Ahora bien, *el texto final aprobado* por el parlamento dejó de ser un delito especial y pasó a ser un *delito común*. En efecto, si inicialmente sólo podían ser sujetos activos del mismo los funcionarios y cargos políticos o altos funcionarios públicos, la versión final incluía a cualquier persona en el círculo de posibles sujetos activos, y se agravaba la pena cuando se tratara de un empleado público. Así concebido, el contenido del injusto de la norma, de acuerdo con su tenor literal, pretende castigar la falta de correspondencia entre el patrimonio adquirido, mantenido o poseído y los ingresos y bienes lícitos del sujeto, patrimonio que, no teniendo origen lícito determinado, indica que el incremento patrimonial procede de la comisión anterior de delitos. Los trabajos preparatorios muestran que el delito en cuestión tiene por objeto evitar que los delitos de los que proceden los bienes queden impunes debido a diversas vicisitudes, incluidas las procesales. Parece, por lo tanto, que el propósito es castigar, a través del nuevo delito, los delitos cometidos con anterioridad y no esclarecidos procesalmente generadores del enriquecimiento ilícito. Esto implica, dice el TC portugués, que no hay un bien jurídico claramente definido, lo que supone la inconstitucionalidad de la norma. Se castiga para proteger un bien jurídico cualquiera sin definir (por ejemplo, la autonomía intencional del Estado, el patrimonio, la libertad sexual, la salud ...) ³⁰.

4.2 Vulneración del derecho a la presunción de inocencia

Si el delito se dirige a tutelar los bienes jurídicos previamente menoscabados por el funcionario público (también por el particular) y que motivan su enriquecimiento, plantea problemas con el *principio de presunción de inocencia*. Este principio, dice el TC portugués, desempeña un papel en el nivel de conminación legal, en la medida en que obliga al legislador a que las leyes penales

²⁹ Cfr. Acórdão N.º 179/2012

³⁰ Además consideró inconstitucional el texto porque vulneraba el mandato de determinación en la medida en que la construcción del tipo no permite la identificación de la acción u omisión que está prohibida.

no consagren presunciones de culpabilidad y no hagan incurrir en responsabilidad penal por hechos simplemente presumidos.

Y es que la formulación del tipo no impide el entendimiento de que, verificada la *incongruencia entre el patrimonio y los ingresos*, esta sea calificada como enriquecimiento ilícito si no se acredita de manera positiva la ausencia de alguna causa lícita. Concluye el TC portugués que, así entendida la noma penal, esta presume el origen ilícito de los bienes del dato de la incongruencia, e imputa al agente un delito de enriquecimiento ilícito, lo que se traduce en una clara violación del principio de presunción de inocencia. Ello determina la inconstitucionalidad de la norma reguladora del delito de enriquecimiento ilícito.

5. Sobre la legitimidad del delito de enriquecimiento ilícito

La legitimidad del enriquecimiento ilícito exige examinar cómo se configura la figura delictiva. Para ello es imprescindible analizar si el *bien jurídico protegido* se determina por referencia a otros bienes jurídicos de los que proceden los ingresos, o bien el delito se centra en la tutela de un bien jurídico autónomo. Esto se conecta también con la *estructura típica del delito*, que ha llevado a algunos a entenderla como un delito de omisión pura o propia, que sanciona el hecho de no proporcionar justificación al incremento patrimonial demostrado.

5.1 Bienes jurídicos protegidos por los delitos de los que proceden los ingresos no justificados

El delito de enriquecimiento ilícito puede fundamentar su injusto en el menoscabo de los bienes jurídicos vulnerados por la actividad delictiva de la que proceden los bienes que incrementan el patrimonio del funcionario. Señala el juez *Rui Manuel Moura Ramos*, en su voto particular a la Sentencia del TC portugués, que se trata de proteger un *bien jurídico complejo*, cuya legitimidad jurídico-constitucional está garantizada por los fundamentos que aseguran la legitimidad de las normas penales cuya directa violación ha motivado al enriquecimiento que se pretende sancionar.

Esta postura no resulta en absoluto convincente. Es cierto que no es ilegítimo sancionar conductas postdelictivas que menoscaban el mismo bien jurídico lesionado por el delito previo, como ocurre, por ejemplo con la receptación. Sin embargo, la estructura del delito de enriquecimiento ilícito no es semejante al de receptación, que suele circunscribir los delitos previos a aquellos que menoscaban bienes jurídicos patrimoniales o económicos. En enriquecimiento ilícito presenta particularidades en este ámbito que merecen ser apuntadas. a) No es de recibo afirmar que si el empleado público se ha enriquecido con bienes que se entregaron como precio por cometer un asesinato, su conducta supone una nueva lesión del bien jurídico vida. Esta configuración del delito está penalizando el enriquecimiento ilícito como medio para reforzar la protección de un bien jurídico previamente vulnerado por el delito del que proceden los bienes. Su tipificación tiene así un fin preventivo general, en la medida en que se pretende hacer desistir de su propósito al potencial delincuente al disminuir sus posibilidades de disfrutar del dinero de origen delictivo. La norma penal se aplica al empleado público que ha incrementado su patrimonio, pero en realidad va referida a la evitación del delito previo. Se reduce de esta manera el peligro de menoscabo del bien jurídico tutelado por la infracción previa. En definitiva, se trataría de incidir en la mente del potencial delincuente para infundirle la idea de que el delito no es una actividad beneficiosa. b) La tutela del bien jurídico tutelado por el delito previo no satisface las exigencias del principio de ofensividad, y podría dar lugar a una política criminal desordenada, ajena a la técnica legislativa más elemental³¹. Se

³¹ En materia de lavado de activos, FABIAN CAPARROS, Eduardo A., *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid, 1998, pgs. 222-223.

estarían protegiendo todos los bienes jurídicos tutelados en el Código penal, quedando así incluidos en su ámbito de protección “hechos demasiado heterogéneos en cuanto a su lesividad”³².

Se trata de un delito que parte del *dato fáctico de las importantes dificultades* que genera la *prueba* de una actividad delictiva cometida por el empleado público, que es la que origina la presencia de un patrimonio que no puede explicar razonablemente. Para paliar estas dificultades se crea un delito basado en la presunción de que el enriquecimiento que no puede justificarse a partir de las actividades conocidas del sujeto debe proceder de una actividad delictiva. Y en el caso de los empleados públicos, esta actividad delictiva lo serán normalmente –aunque no siempre como hemos dicho- delitos de corrupción, como malversación, cohecho, tráfico de influencias, uso indebido de información privilegiada, etc. Se recurre así a un tipo penal que crea la sospecha de que el funcionario público se ha enriquecido mediante la comisión de un hecho delictivo³³. Este, a quien se presume culpable, debe acreditar que no se ha enriquecido mediante la comisión de un delito. Y ello, a nuestro juicio, podría suponer una vulneración del principio de presunción de inocencia. El hecho de que un funcionario haya aumentado significativamente su patrimonio y no pueda justificar el origen del mismo es un indicio fuerte de la existencia de un delito y puede fundamentar el inicio de una investigación penal. Lo que no está justificado es tomar un atajo a través del cual, una vez acreditado el incremento patrimonial, surge la sospecha de comisión de delitos obligándose al sospechoso a demostrar su inocencia³⁴.

5.1.1 Inversión de la carga de la prueba en materia penal: vulneración del principio de presunción de inocencia

El *problema* fundamental que plantea el delito de enriquecimiento ilícito es el de su compatibilidad con las normas de Derechos humanos, dado que *invierte la carga de la prueba* en el ámbito penal. Efectivamente, como decimos corresponde al acusado (normalmente empleado público) probar que los bienes que posee tienen un origen lícito, y si no lo hace resulta sancionado penalmente.

La *presunción de inocencia* cuenta con amplio reconocimiento a nivel del Derecho internacional de los Derechos humanos. Así, en Europa se reconoce en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), cuyo artículo 6, apartado 2 (derecho a un proceso equitativo) dispone: “*Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada*”³⁵.

La *jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos* (TEDH) ha ido perfilando el contenido de este derecho. De acuerdo con ella, la presunción de inocencia sólo se aplica a favor de la persona contra la que se han presentado cargos. El acusado debe ser tratado como si no hubiera cometido ninguna infracción hasta que se presenten pruebas suficientes para que un tribunal independiente e imparcial lo declare culpable. La presunción de inocencia exige que los miembros del órgano jurisdiccional no tengan la idea preconcebida de que el acusado ha cometido la infracción de la que se le acusa³⁶. Además, no debe producirse ningún

³² En materia de lavado de activos, ARIAS HOLGUÍN, Diana Patricia, *Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (art 301 CP)*, Iustel, Madrid, 2011, pg. 199.

³³ HERNÁNDEZ BASUALTO, “El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios en el Derecho penal chileno”, *cit.*, pg. 194.

³⁴ Así HERNÁNDEZ BASUALTO, *Ibidem*.

³⁵ Asimismo, en el ámbito de la Unión Europea, el artículo 48 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Presunción de inocencia y derechos de la defensa): “1. *Todo acusado se presume inocente mientras su culpabilidad no haya sido declarada legalmente.* 2. *Se garantiza a todo acusado el respeto de los derechos de la defensa*”.

³⁶ Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Barberà, Messegué et Jabardo c. Espagne*, 6 diciembre 1988, nº 10590/83, § 77.

pronunciamiento judicial sobre la culpabilidad del acusado antes de que éste haya sido declarado culpable por un tribunal.

El TEDH ha manifestado que la *carga de la prueba* recae en la acusación y que cualquier duda será favorable al acusado. En consecuencia, corresponde a la acusación presentar las pruebas suficientes para condenarlo³⁷. Con todo, existen algunas situaciones en las que admite que la carga de la prueba no recaiga exclusivamente en la acusación. Esto se debe a que el derecho a ser presumido inocente "no es un derecho absoluto", sino que puede ser restringido mediante el recurso a *presunciones*. El TEDH señala que todo sistema jurídico conoce presunciones de hecho o derecho a las cuales el CEDH no pone obstáculo siempre y cuando los Estados parte no superen algunos límites razonables que tengan en cuenta la gravedad o importancia de lo que está en juego y que preserven el derecho de defensa (se admite esta posibilidad, por ejemplo, en materia de comiso)³⁸. La limitación de la presunción de inocencia, por tanto, está sujeta esencialmente a dos condiciones. En primer lugar, las presunciones han de ser razonables, esto es, han de preverse para supuestos excepcionales y de importancia menor, de manera que la regla general sea la de presunción de inocencia. En segundo lugar, exige que la presunción no sea irrefutable, es decir, ha de ser posible presentar prueba en contrario³⁹.

Partiendo de esta segunda condición, no parece que sea problemático afirmar que el delito de enriquecimiento ilícito normalmente (si bien habrá que examinar cada legislación en concreto) *permite rebatir la presunción* de la ilicitud del incremento patrimonial mediante la presentación de los medios de prueba admitidos en Derecho⁴⁰.

Por otro lado, como decimos, la limitación del derecho a la presunción de inocencia ha de ser *razonable*, esto es, *proporcionada al fin legítimo perseguido*⁴¹, lo que requiere valorar la necesidad de la misma (a la que nos referimos más adelante) así como su aplicación por los Tribunales. La aplicación por los Tribunales precisará examinar cómo utilizan la presunción basada en la diferencia patrimonial en el caso concreto. Una aplicación automática que determine que todo incremento patrimonial no justificado da lugar a la sanción penal del sujeto vulnera, a nuestro juicio, el principio de presunción de inocencia. Por el contrario, si además de dicho incremento patrimonial la acusación aporta más elementos de prueba que permitan al Tribunal considerar como probado el hecho presumido, la presunción de inocencia puede resultar suficientemente garantizada⁴².

5.1.2 Vulneración del derecho a no declararse culpable (*nemo tenetur prodere seipsum*)

El delito de enriquecimiento ilícito precisa, además de que se acredite un incremento patrimonial, que el empleado público no justifique razonablemente el carácter lícito del mismo. El problema puede surgir si el empleado decide mantener silencio sobre la procedencia de sus ingresos no

³⁷ Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Barberà, Messegue et Jabardo c. Espagne*, 6 diciembre 1988, n° 10590/83, § 77.

³⁸ Cfr. nuestro trabajo BLANCO CORDERO, Isidoro, "Comiso ampliado y presunción de inocencia", en *Criminalidad Organizada, Terrorismo e Inmigración*, Puente Aba, Luz María (Directora); Rodríguez Moro, Luis; Zapico Barbeito, Mónica (coordinadores), (Editorial Comares), Granada, 2008, pgs. 69-106. Si bien en esta materia el TEDH considera que el comiso ampliado, sobre el que trata nuestro trabajo, no tiene naturaleza penal.

³⁹ Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Salabiaku c. France*, 7 octubre 1988, n° 10519/83, n° 28; Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Pham Hoang c. France*, 22 septiembre 1992, n° 13191/87, n° 243.

⁴⁰ JORGE, Guillermo, "Enriquecimiento ilícito: el silencio de la Corte y las opciones del Congreso", Comentario al pronunciamiento de la CSJN del 22/12/08 en los autos "Alsogaray, María Julia s/Rec de casación e inconstitucionalidad" (fallos 331:2799). Publicado en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, dirigido por L. G. Pitlevnik, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010, vol. 9, pgs. 22-50, pg. 34.

⁴¹ Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Västberga Taxi Aktiebolag and Vulic c. Sweden*, 23 de julio de 2002, no. 36985/97, n° 92.

⁴² JORGE, "Enriquecimiento ilícito: el silencio de la Corte y las opciones del Congreso", *cit.*, pg. 35.

justificados durante el proceso penal. Un derecho vinculado a la presunción de inocencia es el que asiste al acusado de *no declararse culpable*. Este implica, entre otras cosas, el derecho a guardar silencio y a no ser obligado a presentar pruebas que puedan incriminarle. El TEDH entiende que este derecho, que no se menciona específicamente en el CEDH, constituye un principio internacional generalmente reconocido que forma parte fundamental de la noción de proceso justo⁴³.

El derecho a guardar silencio *no tiene un carácter absoluto*. De hecho, la jurisprudencia del TEDH ha admitido la posibilidad de derivar inferencias del silencio del imputado. Esto significa que si el acusado decide mantenerse callado durante un proceso penal, este silencio puede tener implicaciones cuando el tribunal enjuiciador evalúe la prueba en su contra. Ahora bien, el extraer conclusiones desfavorables del silencio del acusado requiere valorar el caso concreto para apreciar la existencia de factores que determinen si se han infringido los derechos a un juicio justo. En particular, si la acusación ha presentado pruebas suficientes en contra del acusado, se pueden extraer conclusiones desfavorables de su silencio. No es incompatible con el CEDH que se exija al acusado que declare; sí lo es una condena que se base única o principalmente en la negativa a declarar⁴⁴. Solo cuando las pruebas contra el acusado “exijan” una explicación que esté en condiciones de dar y no lo haga, puede extraerse la conclusión de sentido común de que no existe ninguna explicación plausible y el acusado es culpable. Ahora bien, tratándose de pruebas escasamente fuertes para fundamentar los argumentos de la acusación, el no responder no justifica razonablemente la conclusión de que el acusado es culpable. En todo caso, como vemos, el Tribunal trata en todo momento de dejar claro que el hecho de que se puedan extraer conclusiones razonables del silencio del acusado no puede suponer que se traslade la carga de la prueba a la defensa, pues ello supondría una vulneración del principio de presunción de inocencia.

La dificultad del delito de enriquecimiento ilícito surge, como hemos dicho, cuando el *acusado decide callarse*. La condena del empleado público se va a basar en estos casos exclusivamente en el incremento patrimonial y el silencio del acusado. Creo que esto supondría una vulneración del derecho a un juicio justo, tal y como señala el TEDH. Este derecho solo resulta salvaguardado si, en el caso concreto, la acusación ha presentado evidencias adicionales que supongan un esfuerzo probatorio en orden a dejar claro que el origen de los bienes es ilícito o, al menos, que es descartable que tengan una procedencia lícita. En definitiva, el tribunal nacional puede realizar una inferencia del silencio o darle un efecto incriminatorio cuando, en función de las pruebas ya practicadas, puede justificarse excepcionalmente que se extraigan consecuencias negativas del silencio, esto es, si existiendo pruebas incriminatorias objetivas al respecto, cabe esperar del imputado una explicación. No es suficiente como prueba incriminatoria la sola existencia de un incremento patrimonial no justificado.

5.2 Bien jurídico protegido: la transparencia de las fuentes de ingresos

También se puede concebir el tipo penal de otro modo. Para fundamentar su legitimidad se han realizado esfuerzos argumentativos dirigidos a superar las deficiencias encontradas en cuanto al bien jurídico protegido y a la vulneración de la presunción de inocencia. Así, los votos particulares formulados a la Sentencia del TC portugués por los magistrados *Carlos Fernandes Cadilha* y *Vitor Gomes* ofrecen una manera distinta de fundamentar la legitimidad del delito. El contenido del injusto de la norma penal portuguesa, y normalmente en casi todas las legislaciones, consiste en la discrepancia entre el patrimonio y los ingresos y bienes legítimos del sujeto. De acuerdo con este presupuesto, constituye elemento del tipo penal la ausencia de

⁴³ Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Heaney and McGuinness c. Ireland* n° 34720/97 (21 diciembre de 2000).

⁴⁴ Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Murray c. UK*, n° 18731/91 (8 de febrero de 1996).

determinación del origen lícito del patrimonio. Se trata de un delito autónomo en el que la ausencia de origen lícito determinado, en cuanto elemento constitutivo del delito, no se confunde con la demostración de la comisión de algún hecho delictivo de naturaleza económica o fiscal (corrupción, malversación de fondos, tráfico de influencias, fraude fiscal). La realización del elemento del tipo no exige, por lo tanto, la prueba del origen ilícito del patrimonio⁴⁵. La criminalización de la conducta tiene un *carácter subsidiario*, dirigido a cubrir las situaciones de incremento patrimonial injustificado que, por dificultades de prueba, no pueden ser encuadradas en un tipo de delito que implique la propia demostración de la ilicitud de la obtención del patrimonio⁴⁶.

En este contexto no es posible afirmar que existe una indeterminación o superposición en relación con el bien jurídico protegido, porque lo que está en juego no es la protección de los bienes o valores que fundamentan la criminalización de otras conductas, sino la responsabilidad penal por la existencia de situaciones objetivas de enriquecimiento desproporcionado en relación con los ingresos lícitos conocidos o declarados, independientemente de la determinación del hecho ilícito por el cual esos rendimientos llegaran a la disposición del sujeto⁴⁷. Y no se ve que falle aquí la legitimidad jurídico-constitucional de la norma penal, dicen los magistrados discrepantes. El bien jurídico que parece pretender protegerse es la *transparencia de las fuentes de ingresos*, que en algunos ordenamientos jurídicos encuentra concreción especialmente a través de la obligatoriedad de declaración de los ingresos a los efectos del control público la riqueza de los titulares de cargos públicos⁴⁸. La ocultación del origen del patrimonio o ingresos de los titulares del poder público o de los intervinientes en la gestión de los bienes y servicios públicos puede poner en peligro la confianza o credibilidad del Estado ante la comunidad y la capacidad de intervención para la realización de las finalidades que le están encomendadas (bien jurídico mediato). Esto es lo que legitima al legislador a imponer la transparencia de la situación patrimonial de las personas a quienes les incumbe funcionalmente preparar, manifestar o ejecutar la voluntad del Estado (bien jurídico inmediato)⁴⁹.

La transparencia de la situación patrimonial de los titulares o agentes del poder público es, por sí mismo, fuertemente incentivadora de la confianza de los ciudadanos en la imparcialidad o probidad de su actuación. La confianza de los ciudadanos en las instituciones públicas, y especialmente en la capacidad del Estado para hacer cumplir sus normas por parte de los que les sirven, es un factor crucial de la existencia y cohesión de las sociedades democráticas. La transparencia de la situación patrimonial de los funcionarios públicos, la revelación de la congruencia entre la evolución de la riqueza en el período de la ejercicio del cargo y los rendimientos lícitos conocidos, constituye un medio de promoción o un freno a la erosión de la confianza en la imparcialidad en el ejercicio de las funciones del Estado. Estamos, pues, ante un bien jurídico colectivo, inherente a la organización democrática del Estado, y esto es lo que legitima que los titulares de determinados cargos públicos estén obligados a declarar de bienes e ingresos. La confianza de la comunidad en el sano funcionamiento de las instituciones democráticas es un valor constitucional fundamental y, por lo tanto, un bien jurídico con "dignidad penal". La actuación profesional de los funcionarios públicos tiene que poder ser vista "como determinada exclusivamente con base en criterios propios, adecuados al cumplimiento de las

⁴⁵ Esto viene avalado en Portugal por la existencia de un elemento del delito de acuerdo con la cual el enriquecimiento ilícito es punible "salvo que sea de aplicación una pena más grave en virtud de otra disposición legal". Esto hace suponer que el enriquecimiento ilícito solo se castiga cuando no se puede considerar verificada la práctica de cualquier otro tipo penal que incrimine la proveniencia ilícita de los ingresos o bienes.

⁴⁶ Cfr. el voto particular de *Carlos Fernandes Cadilha*.

⁴⁷ Cfr. el voto particular de *Carlos Fernandes Cadilha*.

⁴⁸ Cfr. el voto particular de *Carlos Fernandes Cadilha*.

⁴⁹ Cfr. el voto particular de *Vitor Gomes*.

funciones específicas en el marco de la actividad general de Estado, y en la exacta medida en la que los criterios no sean sustituidos o distorsionados por intereses ajenos a las funciones”⁵⁰.

Y no se puede dejar de reconocer que se trata de un bien en sí mismo socialmente relevante, con especial reflejo en la prevención general de la delincuencia económica y fiscal y que, en última instancia, radica en los deberes inherentes a la funcionalidad y justicia del sistema social, sabiéndose que entre los valores y bienes consagrados en la Constitución y los bienes jurídicos dignos de tutela penal no tiene que existir una relación de identidad, sino una relación de analogía material⁵¹. Por tanto, no es constitucionalmente ilegítimo que se pueda construir un delito a partir de la circunstancia fáctica objetiva del enriquecimiento desproporcionado respecto de los ingresos lícitos conocidos o declarados⁵².

Lo que persigue el delito no es castigar los actos ilícitos generadores del enriquecimiento, hechos que serían o podrían ser siempre punibles de manera autónoma como ilícitos; sino que incrimina la falta de transparencia sobre las causas del enriquecimiento, ello conjugado con una situación patrimonial desproporcionada en relación con los ingresos de origen lícito conocidos o declarados⁵³. Esto sucede con los cargos públicos sobre los que ya hoy pesa el deber de declarar en términos extrafiscales el patrimonio y los ingresos. La exigencia de transparencia sobre las causas del enriquecimiento, cuya falta de respeto se castiga mediante el delito de "enriquecimiento ilícito", constituye un delito específico que puede cometer un determinado tipo de sujetos a los que la ley impone legítimamente un *deber especial de transparencia*. Tienen un previo deber de comunicar verazmente, lo que obliga a los sujetos de este delito a declarar su patrimonio y fuente de ingresos, algo que se dirige a proteger las condiciones de organización indispensables para la vida en sociedad. Es ese el deber que la desproporción entre la riqueza ostentada y los ingresos lícitos conocidos demuestra que no se ha cumplido, y es esta falta de transparencia la que se pretende castigar penalmente de esta manera. Elemento objetivo del tipo es la adquisición, tenencia o posesión de bienes sin origen lícito conocido, lo que objetivamente no implica que el tipo presuma el origen ilícito del patrimonio o de los medios con los que fue adquirido⁵⁴.

5.3 El enriquecimiento ilícito como delito de omisión

Otra posibilidad de soslayar el problema de la inversión de la carga de la prueba consiste en configurar el enriquecimiento ilícito como un *delito de omisión pura*. El delito no castiga el comportamiento activo de enriquecerse o aumentar el patrimonio, sino el comportamiento omisivo consistente en no justificar el origen del patrimonio. No se presume que el funcionario ha cometido un delito con el que ha incrementado su acervo patrimonial, sino simplemente se castiga que no explique razonablemente de dónde proceden los bienes. La situación típica está integrada por la existencia de un incremento en el patrimonio del funcionario. La omisión de la conducta debida consiste precisamente en la infracción del deber de justificar en todo momento dicha situación patrimonial. Esta parece ser una opinión que se sostiene con base en la redacción legal del delito en Argentina, que castiga al que “al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable”. Asimismo se observa en la legislación de algunos Códigos penales de los Estados Unidos Mexicanos. Por ejemplo, el art.

⁵⁰ Cfr. el voto particular de Vítor Gomes.

⁵¹ Cfr. el voto particular de Carlos Fernandes Cadilha.

⁵² Cfr. el voto particular de Vítor Gomes.

⁵³ Cfr. el voto particular de Vítor Gomes.

⁵⁴ Cfr. el voto particular de Vítor Gomes.

133 CP del Estado de Colima castiga al “servidor público que no acredite el aumento lícito de su patrimonio”⁵⁵.

Así concebido el delito, se cuestiona si protege algún bien jurídico o simplemente se trata de un delito de infracción de deber. Algunos entienden que el único posible bien jurídico protegido sería algo así como la *buena fama de los funcionarios públicos*, que constituye el presupuesto de la confianza pública en la administración y, en consecuencia, del buen funcionamiento de la misma⁵⁶. *Hernández Basualto* critica que se esté protegiendo este bien jurídico, pues la mencionada buena fama de los empleados públicos no se tutela sancionando ataques injustificados contra la misma (como es normal en los delitos contra el honor, ni contra determinadas actuaciones ilícitas del funcionario que la lesionen), sino reprimiendo al afectado de los ataques que no es capaz de demostrar en todo momento su rectitud. Ahora bien, frente a esta crítica también es posible entender que se tutela el ya mencionado bien jurídico consistente en la transparencia de las fuentes de ingresos de los empleados públicos. Siendo esto así, se está castigando al funcionario que no da explicación transparente de cuál es la procedencia de sus bienes.

Con todo, un delito de omisión pura va a plantear algún *problema de aplicación práctica*. Si se concibe como una infracción del deber de declarar la procedencia de los bienes, en caso de que el funcionario explicara completamente el origen de los mismos habría que declarar su impunidad. Pero no, en cambio, si por cualquier otro medio de prueba distinto de la explicación del funcionario es posible acreditar el incremento patrimonial, pues el injusto del delito consiste precisamente en la infracción del deber de explicar dicho incremento. No creo que esta última situación fuera del todo razonable⁵⁷.

6. Necesidad de la intervención penal para hacer frente al enriquecimiento ilícito de funcionarios: delito fiscal, enriquecimiento ilícito y comiso

El Derecho Penal tiene como misión proteger a la sociedad frente a los ataques más graves a los bienes jurídicos fundamentales. De acuerdo con el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, queda limitada la sanción penal a las conductas que lesionan o ponen en peligro un bien jurídico. El *principio de necesidad de la intervención penal o principio de intervención mínima* constituye una manifestación del principio de proporcionalidad en sentido amplio -que abarca los de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto- o de prohibición de exceso en el ámbito jurídico-penal. El principio de prohibición de exceso constituye un límite al *ius puniendi* estatal, en cuanto que limita la criminalización de conductas que lleva a cabo el legislador mediante la creación de tipos penales. El tipo es el instrumento a través del cual se seleccionan las conductas relevantes para el Derecho penal y se conmina su realización con una pena o medida de seguridad. El principio de proporcionalidad en sentido amplio, al que se conecta en nuestra disciplina el denominado principio de intervención mínima, desarrolla su función limitadora en el marco del tipo penal a través de los postulados relativos a la naturaleza secundaria -o subsidiaria- y fragmentaria del Derecho Penal.

Así, el principio de intervención mínima comprende el *principio de subsidiariedad* del Derecho penal. Posee éste una naturaleza secundaria en relación con el resto de los medios de protección de bienes jurídicos. El recurso al instrumento punitivo ha de tener carácter de *ultima ratio*, presupone

⁵⁵ Otros CP de Estados de la República de México pueden verse en CÁRDENAS, Rodolfo Félix, “Enriquecimiento ilícito y principio de legalidad. El criterio del tribunal pleno (Análisis de la tesis de jurisprudencia número XXXIX/2002)”, en *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, n° 32, México, 2004, pgs. 363-408, pgs. 393-394.

⁵⁶ HERNÁNDEZ BASUALTO, “El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios en el Derecho penal chileno”, *cit.*, pg. 209.

⁵⁷ Tampoco considera razonable esta situación HERNÁNDEZ BASUALTO, *Ibidem*, pg. 208.

siempre la ineffectividad de otros mecanismos de protección menos gravosos para el ciudadano. Sólo está legitimado el recurso a la sanción penal cuando otros medios de control social y otras sanciones de índole civil, administrativa etc., se muestran insuficientes para la tutela de bienes jurídicos⁵⁸. Precisamente la necesidad de introducir el delito de enriquecimiento ilícito requiere valorar si existen medios suficientes para hacer frente a las conductas que castiga.

Podemos decir, en primer lugar, que es necesario explorar las opciones que ofrece el *Derecho administrativo*. Recordemos que existen mecanismos para prevenir comportamientos corruptos, como los consistentes en exigir a los altos cargos públicos que declaren su patrimonio a efectos de su control público. Pues bien, podría ensayarse la opción de establecer infracciones administrativas y sanciones a aquellos altos cargos públicos cuyo patrimonio se incremente y no puedan justificar razonablemente dicho aumento. En este sentido, *Finlandia* estudió tipificar el delito de enriquecimiento ilícito, pero se estimó que el sistema de control existente sobre los ingresos y activos de los funcionarios públicos ya era suficientemente riguroso⁵⁹. Algún país ha declarado que se consigue un efecto similar a la penalización del enriquecimiento ilícito mediante la imposición legal de la obligación a todos los funcionarios públicos de que presenten declaraciones de activos e ingresos y que expliquen todo aumento de su patrimonio que consignen en ellas⁶⁰. Evidentemente, si además de tal incremento patrimonial se observan indicios de la comisión de delitos (cohecho, malversación, tráfico de influencias, etc.), entonces habrá que dar traslado a la fiscalía para que se proceda a la investigación penal de los hechos. Únicamente si se comprueba la insuficiencia de este mecanismo administrativo se podría pensar en la vía penal. Con todo, es cierto que la vía administrativa presenta algunos problemas, esencialmente mencionaré dos. El primero se refiere a que la investigación del patrimonio de los empleados públicos no puede realizarse recurriendo a medidas que supongan una vulneración de sus derechos fundamentales. Dichas medidas solo pueden ser ordenadas por un juez y normalmente por vía penal. Así que difícilmente se podrá conocer el patrimonio del empleado público si no consta en fuentes a las que tiene acceso la administración. El segundo problema alude a la imposibilidad de decomisar los bienes que supongan este incremento, a no ser que se establezca un sistema de decomiso administrativo o de otro tipo.

También hemos de mencionar, en segundo lugar, las opciones que ofrece la *normativa tributaria* que recurre al concepto de "ganancia patrimonial no justificada", y que permite sujetar a imposición desajustes evidentes entre el patrimonio que posee un sujeto y el que éste declara. De esta manera se puede ir por esta vía para sancionar al empleado público cuyo patrimonio se incrementa pero no declara este hecho a las autoridades fiscales.

Por último, es necesario mencionar, en tercer lugar, que la vía penal ofrece en algunos países europeos opciones de momento válidas para hacer frente al enriquecimiento no justificado. En

⁵⁸ Ahora bien, DIEZ RIPOLLES, José Luis, "Exigencias sociales y política criminal", en *Claves de razón práctica*, nº 85, 1998, pgs. 48 ss, pg. 49, ha evidenciado que la mayor implicación del Derecho Penal, en detrimento de otros sectores jurídicos, en la resolución de cuestiones conflictivas ha llevado a una interpretación superficial del principio de subsidiariedad, lo que ha dado como consecuencia que "el resto de las ramas jurídicas deleguen en él la resolución de los conflictos más extremos".

⁵⁹ Conferencia de los Estados Parte en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Grupo de examen de la aplicación. Continuación del segundo período de sesiones. Viena, 7 a 9 de septiembre de 2011 Tema 2 del programa provisional, *Examen de la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción*, CAC/COSP/IRG/I/1/1, 7 de junio de 2011, pg. 3.

⁶⁰ Conferencia de los Estados Parte en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Grupo de examen de la aplicación Cuarto período de sesiones. Viena, 27 a 31 de mayo de 2013. Tema 2 del programa provisional Examen de la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. *Aplicación de los capítulos III (Penalización y aplicación de la ley) y IV (Cooperación internacional) de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (examen de los artículos 15 a 29). Informe temático preparado por la Secretaría*, CAC/COSP/IRG/2013/6, 22 de marzo de 2013, pg. 12.

efecto, muy conectado con la opción anterior, cobra una importancia especial la estrategia de lucha contra la criminalidad que genera beneficios económicos a través del *delito fiscal o tributario*. Someter a tributación a los beneficios delictivos supone que todos los ingresos, sean lícitos o ilícitos, deben contribuir a la causa pública⁶¹. No declarar las ganancias de origen delictivo a la Hacienda Pública supone, a su vez, un segundo delito, el de defraudación fiscal. Esta es la que hemos denominado anteriormente *estrategia Al Capone*. Recordemos que el famoso gánster americano Al Capone no pudo ser enjuiciado por sus presuntos delitos de contrabando de licor u otros cometidos en el contexto de una organización criminal, pero sí por no haber declarado ni pagado impuestos por sus beneficios presuntamente ilegales. Pues bien, ésta está siendo hoy día la vía que se utiliza en España para combatir algunos de los casos más sonados de presunta corrupción, en los que, a falta de pruebas de la comisión de delitos contra la Administración Pública, queda claramente probado que un empleado público ha incrementado su patrimonio y, adicionalmente, que no lo ha declarado al fisco. Esto, unido al cumplimiento de los requisitos del tipo del delito fiscal (en España, por ejemplo, la cuantía de la cuota defraudada, que debe ser superior a los 120.000 euros), puede motivar la imposición de una pena de prisión. Precisamente la cuantía exigida en el delito fiscal es un elemento importante, dado que en muchos países el delito de enriquecimiento ilícito no la contiene, con lo que se puede intervenir penalmente incluso cuando el incremento patrimonial sea poco relevante. En caso de que se decida incluir el delito de enriquecimiento ilícito, éste va a entrar en conflicto con el delito fiscal, en la medida en que castigan prácticamente lo mismo (generalmente el empleado público que incrementa injustificadamente su patrimonio no lo declarará a la administración tributaria) generando un concurso de delitos de difícil solución, salvo que la norma lo resuelva expresamente.

Una laguna importante que surge si se recurre a la estrategia Al Capone se refiere a la posibilidad o no de imponer el *comiso* del incremento patrimonial no justificado. En efecto, la no declaración de los ingresos a la Hacienda Pública y la sanción por delito fiscal o tributario no genera de manera inmediata el decomiso de los mismos, sino a lo sumo la imposición de una multa y la declaración de responsabilidad civil que comprenderá el importe de la deuda tributaria no liquidada. Por lo que puede ocurrir que queden bienes no justificados en el patrimonio del empleado público. Esta laguna sería conveniente cubrirla de algún otro modo, por ejemplo mediante el establecimiento de alguna modalidad de decomiso (administrativo, civil o de otro tipo) que recaiga sobre aquellos bienes que incrementan el patrimonio del empleado público⁶².

7. Algunas conclusiones

Entiendo que no es legítimo un delito de enriquecimiento ilícito cuyo injusto radique en la protección de los bienes jurídicos menoscabados por las conductas delictivas que incrementan el patrimonio del funcionario público y que recurra a una inversión de la carga de la prueba. Ahora bien, tal y como se ha dicho, la introducción del delito de enriquecimiento ilícito en los países europeos no necesariamente va a ser considerado como una vulneración del principio de presunción de inocencia de acuerdo con la doctrina del TEDH⁶³. No se puede aventurar cuál sería la posición del TEDH si se le somete a su consideración esta modalidad delictiva en particular. Ya hemos visto que este Tribunal admite presunciones en materia penal, si bien han de reunir una serie de requisitos, como que no sean *iuris et de iure*, que sean razonables, que la

⁶¹ Cfr. GALLANT, Michelle, "Tax and the proceeds of crime: a new approach to tainted finance?", *Journal of Money Laundering Control*, Vol. 16 No. 2, 2013, pgs. 119-125.

⁶² Es complicado, con todo, imaginar una modalidad de comiso de este tipo, dado que en el delito fiscal los bienes no declarados pueden tener origen lícito.

⁶³ Así ASENSIO MELLADO, José María, "El delito de enriquecimiento ilícito", en *El notario del siglo XXI*, Publicado el 12 Julio 2010.

acusación acredite los elementos base de la presunción y que el imputado pueda aportar prueba en su defensa para destruir los hechos que fundamentan la presunción. Y eso, en principio, se permite en casi todas las legislaciones en las que existe este delito, donde la presunción es claramente rebatible. Recordemos también que este Tribunal suele valorar no tanto el tipo penal que invierte la carga de la prueba, cuanto cómo se aplica por los tribunales nacionales en el caso concreto. Y en este punto creo que sí que pondría el acento el Tribunal europeo, en el sentido de que no consideraría suficiente para condenar a un empleado público la simple prueba de un incremento patrimonial que no puede justificar. Este dato podrá servir como indicio de la comisión del delito que requerirá una investigación más profunda en aras a recopilar más elementos probatorios que permitan llegar a la conclusión de que el empleado público se ha enriquecido ilícitamente⁶⁴. En definitiva, van a ser necesarios más elementos de prueba para fundamentar la condena, como por ejemplo que el funcionario lleve a cabo actuaciones manipulativas, clandestinas, de ocultación de los bienes, falsedades, incumplimientos de normas administrativas, etc.

En última instancia, el TEDH tendrá que valorar cómo se ha configurado el injusto del delito analizado. Pienso que los problemas relacionados con la posible inversión de la carga de la prueba se podrían salvar si el delito no estuviera basado en la presunción de que el empleado público ha “mercadeado” con su cargo, sino en el menoscabo de un *bien jurídico propio claramente identificable*, que en este caso podría centrarse en la licitud y transparencia de los ingresos patrimoniales de los altos cargos públicos. De esta manera no se estaría sancionando un presunto delito previo que no ha quedado probado, sino el menoscabo de un bien jurídico de entidad suficiente para ser protegido por el Derecho penal. A ello quizás habría que incluirle algunos requisitos típicos, como que exista una actividad clandestina y ocultadora de los bienes, la posible inclusión de una cuantía económica mínima, e incluso restringir el círculo de sujetos activos a aquellos altos cargos obligados a declarar sus activos e ingresos a efectos de control público.

Ahora bien, no basta solo con acreditar que existe un bien jurídico merecedor de tutela penal, sino que es preciso también que esté necesitado de esta tutela. Y eso es lo que no parece existir aún en los países europeos. En algunos existen normas que obligan a declarar los bienes a los empleados públicos a los efectos del control público de la riqueza de los mismos. En otros el Derecho penal dispone de mecanismos suficientes para la sanción de enriquecimientos no justificados, como el propio del delito fiscal.

⁶⁴ Así es como se ha operado en Argentina, especialmente en el conocido caso *Alsogaray*, cfr. JORGE, “Enriquecimiento ilícito: el silencio de la Corte y las opciones del Congreso”, *cit.*, pg. 48.